This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

B65
HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 059 466 276
HD
9 W1
925

HARVARD LAW LIBRARY.

Received March 10, 1904.

Switzerland

Rechtsgutachten

in Sachen

der Herren Gebrüder Rothschild

wider die

schweizerische Nordostbahn

erstattet

von

Dr. Bluntschli.

Zürich

Druck von Zürcher und Furrer.

1859.

SWITZERL
925
BLU

For TK
B659re

Rec. Mar. 10, 1904

Rechtsgutachten.

Vom Herrn Fürsprech Ehrhardt wurde mir im Auftrage der Direktion der schweizerischen Nordostbahn das Ansuchen gestellt, meine rechtliche Ueberzeugung in ihrer Prozeßsache gegen die Herren Gebrüder von Rothschild in Paris in einem Gutachten auszusprechen. Zu diesem Behufe wurden mir die sämmtlichen Prozeßakten in ihrem gegenwärtigen Stadium vor der zweiten obergerichtlichen Verhandlung zugestellt.

Indem ich mich diesem Auftrage unterzog, erklärte ich dem Herrn Quärenten, daß ich mir vorbehalte, meine Ansicht auch da, wo sie mit den Interessen und Ansichten seiner Partei nicht übereinstimme, ebenso unverholen darzulegen, wie in den Beziehungen, in denen sie ihr günstig sei, worauf derselbe seinerseits als auf eine selbstverständliche Voraussetzung bereitwillig einging. Ich stelle ihm demnach das nachfolgende Rechtsgutachten, in welchem ich meine gewonnene Ueberzeugung auf Grund der Akten ausspreche, zu beliebiger Verfügung anheim.

Die Untersuchung wird sich auf folgende Hauptfragen beziehen:

I. Die rechtliche Natur des Vertrags-Verhältnisses zwischen den Parteien;

II. Die Frage, ob eine Vertragsverletzung von Seite der Beklagten vorliege, und von welcher Art dieselbe sei;

III. Die Folgen einer Vertragsverletzung, insbesondere die rechtlichen Grundlagen einer Entschädigungs-Berechnung;

IV. Die Zinsfrage.

I.

Die rechtliche Natur des Vertragsverhältnisses.

In den Parteiverhandlungen vor den Gerichten ist die Frage, ob das streitige Rechtsverhältniß nach der Behauptung der Herren von Rothschild, Kläger, als ein Gesellschafts-Vertrag, oder nach

der Ansicht der Nordostbahn-Gesellschaft, Beklagten, als ein Auftrags-Geschäft, insbesondere als Verkaufs-Kommission zu bezeichnen sei, ausführlich erörtert worden.

Da sich bereits beide Gerichte über diese Streitfrage erklärt und beide sich in der Hauptsache übereinstimmend ausgesprochen haben, so kann es als ein Wagniß, und überdem als ein unnützes Wagniß gelten, die Frage nochmals zu prüfen. Auch hat dieselbe meines Erachtens eher eine theoretische, als eine praktische Wichtigkeit. Dennoch kann sie in einem Rechtsgutachten, eben weil sie die Grundlage der juristischen Erörterung betrifft, nicht umgangen werden, und immerhin ist es auch in dem gegenwärtigen Prozeßstadium noch denkbar, daß bei erneuerter Prüfung die früher ausgesprochene Ansicht noch einzelne Modifikationen aufnehme. Nach den sehr einläßlichen Erwägungen, insbesondere des obergerichtlichen Beschlusses vom 22. September 1857 kann ich mich über diese erste Frage sehr kurz fassen.

Meiner Ansicht nach ist der Vertrag vom 27. November 1855 auch bezüglich der 14,090 Stück Nordostbahn-Aktien weder ein reines Kommissions-Geschäft, noch eine reine Gesellschaft, sondern aus beiden Vertragsarten zusammengesetzt.

Die Nordostbahn hatte zunächst, als sie mit dem Hause Rothschild einen Vertrag unterhandelte, nicht die Absicht, eine gemeinsame Spekulation auf Gewinn zu machen. Die Anbringung des noch nicht emittirten Restes von 20,090 Aktien (la réalisation d'un solde de 20,090 actions que nous avons encore à émettre pour compléter le capital social de notre chemin du Nord-Est – Brief der Beklagten vom 13. Dezember 1855, Akt. 3) und die daherige Vervollständigung des Aktienkapitals war die Haupttendenz ihrer damaligen Bestrebungen, und der Vertrag vom 27. November 1857 wurde abgeschlossen, um diese Absicht theils zu erreichen, theils für die Zukunft zu fördern. Derselbe enthält:

a) Ein Verkaufsgeschäft von 1000 Stück Aktien mit den Herren Rothschild als Käufern,

b) einen Verkaufs-Auftrag an die Herren Rothschild für die übrigen 19,090 Aktien, modifizirt durch:

c) ein bedingtes Verkaufs-Geschäft für 5000 Aktien ebenfalls an die Herren Rothschild als Käufer;

d) unter der Voraussetzung, daß die Kaufgelder nicht rasch genug eingehen, einen Darlehens-Vertrag bis auf 2½ Millionen Franken, welche die Herren Rothschild nöthigenfalls vorschießen;
e) einen Vorbehalt der Nordostbahn bezüglich eigener Unterbringung von 5000 Stück Aktien an eine schweizerische Kantons-Regierung.

Die Mitwirkung des Hauses Rothschild wurde als äußerst förderlich für diese Verkaufszwecke betrachtet. Die Nordostbahn hoffte von ihrer Mithülfe sowohl einen größern Absatz der noch anzubringenden Aktien, als einen möglichst günstigen Preis derselben zu erhalten. Sie hoffte überdem durch die nähere Geschäftsverbindung mit einer so großen Geldmacht auch ihre sonstigen Interessen zu fördern. Diese Mitwirkung war aber nur durch ungewöhnliche Vortheile zu erlangen, welche dem Hause Rothschild zugestanden wurden. Dieses Haus war bisher bei den Interessen der Nordostbahn nicht betheiligt, es nahm sich der Unterbringung ihrer Aktien nur wie eines jeden andern Spekulations-Geschäftes lediglich in der Absicht an, dabei Gewinn zu machen. In diesen Interessen kam in den Vertrag ein Gesellschafts-Element hinein. Die Herren Rothschild begnügten sich nämlich nicht mit der Kommissionsgebühr von 1½% für diejenigen Aktien, die sie entweder selber um den Preis von 475 Franken bis auf 5000 Stück ankaufen oder die sie als Verkaufs-Kommissionäre um den Preis von mindestens 475 Frkn. bis auf 14,090 Stück an Dritte verkaufen würden, sondern sie verlangten und erhielten bezüglich der letztern 14,090 Aktien überdem „die Hälfte des Ueberschusses" über die genannte Verkaufslimite.

Lediglich um dieser letztern Gewinn-Betheiligung willen nahm der Vertrag auch die Natur eines gesellschaftlichen Participations-Geschäftes an. Beide Kontrahenten hatten nun einen gemeinsamen Gewinn vor Augen, den sie mit gemeinsamen Kräften verfolgten.

Das Obergericht nennt das Rechtsgeschäft (Erwägung 2 und 3) eine „gesellschaftliche Verbindung zum Zwecke, den Verkauf jener 14,090 Stück Aktien zu bewerkstelligen, jedoch nicht unter einem zwischen ihnen (den Parteien) festgesetzten Preis (475 Frkn.) und einen allfälligen Ueberschuß gemeinsam zu erlangen, mit Verabredung alleiniger Leitung des Geschäftes durch den einen Gesellschafter (die Kläger) und mit der

Bestimmung einer Vergütung für seine Geschäftsbesorgung", d. h. da diese Vergütung unzweifelhaft nur eine Kommissions-Gebühr ist, indem sie nur von wirklich vollzogenen Verkäufen bezogen wird, eine Gesellschaft, verbunden mit Verkaufskommission. Man kann dasselbe aber ebensogut und, wie ich glaube, noch genauer eine Verkaufskommission nennen, verbunden mit einem Gesellschafts-Antheil für den Kommissionär. Am weitesten entfernt sich von der gewöhnlichen Verkaufs-Kommission allerdings, wie die obergerichtliche Erwägung 9 hervorhebt, die Bestimmung, daß dem Kommissionär nicht blos von den durch ihn bewerkstelligten Verkäufen («ventes opérées en commission», Vertrag Art. 6), sondern, auch von den den Auftraggebern selbst vorbehaltenen Verkäufen von 5000 Stück Aktien eine Kommissionsgebühr und ein Gewinnantheil zugesichert wird. Das Auffallende dieser Bestimmung verschwindet aber wenn man bedenkt, daß diese 5000 Aktien zu den 14,090 Aktien gehören, deren ausschließlicher Verkauf mit jenen Vortheilen während einer gewissen Zeitperiode dem Hause Rothschild anvertraut wurde. Es hieß das doch nur: Wenn dieser Theil des Vorraths ausnahmsweise durch die Beklagten einer Kantonsregierung abgetreten wird, so soll das nicht zum Schaden der Kläger gereichen, sondern dieselben Vortheile, welche ihnen für den gesammten Aktienrest in Aussicht gestellt worden, auch für diesen Theil zu Gute kommen.

Welcher von diesen Bezeichnungen aber man den Vorzug gebe, in beiden Fällen ist nach meinem Dafürhalten anzuerkennen:

1) daß den Klägern ein Recht auf ausschließlichen Verkauf während der Vertragsdauer und innerhalb der festgestellten Limite, und nach ihrem eigenen Ermessen vertragsmäßig zugesichert werde, folglich den Beklagten nicht das Recht des freien Widerrufs, noch anderweitiger, in dem Vertrage nicht vorgesehener Vorschriften zustand;
2) daß der Gegenstand der beabsichtigten Verkäufe die ausschließlich den Beklagten zugehörigen 14,090 Aktien waren, also immerhin die Hauptthätigkeit der Kläger auf Realisirung der Aktien-Emission der Beklagten gerichtet war;
3) daß bei dem Mehrerlös über die festgesetzte Limite beide Parteien zu gleichen Hälften betheiligt waren;

4) daß also das Hauptinteresse der Aktien-Emission ausschließlich die Beklagten, das sekundäre Interesse der möglichst vortheilhaften Veräußerung beide Parteien gleichmäßig anging.

Jene Unwiderruflichkeit des ertheilten Verkaufs-Auftrags an die Kläger versteht sich leichter von selbst, wenn der Vertrag als Gesellschaftsvertrag aufgefaßt wird, obwohl sie auch bei der Gesellschaft keine absolute ist, und ist dagegen ungewöhnlich bei einer bloßen Verkaufs-Kommission, obwohl sie auch da für eine gewisse Zeitfrist wohl ausbedungen werden kann.

Daraus erklärt es sich, daß die Kläger einen Werth darauf legten, das Geschäft als Gesellschaft, und die Beklagten darauf, dasselbe als Verkaufs-Kommission darzustellen. Aber auch bei der letztern Annahme ergibt sich diese Unwiderruflichkeit im gegenwärtigen Fall als Vertragswille der Kontrahenten, indem

a) nach Art. 1 die Nordostbahn nicht blos einen Verkaufs-Auftrag gab, sondern die „Verpflichtung" einging, den gesammten Aktienrest „zur Verfügung der Herren Rothschild zu halten" und „ausschließlich" den Klägern die Bewerkstelligung der Verkäufe binnen Frist anzuvertrauen;

b) nach Art. 2 die Nordostbahn es für nöthig erachtete, für eine begränzte Anzahl von Aktien sich selber die Veräußerung und nur an bestimmte Personen vorzubehalten und sogar an diesen Verkäufen den Klägern eine Betheiligung sammt Kommissionsgebühr zuzusichern;

c) für eine bestimmte Zeitfrist nach Art. 5 wie auf den weiteren Selbstverkauf, so auch auf weitere Kontrahirung von Darlehen, Gründung neuer Aktien oder Fusionen „ohne Zustimmung der Herren Gebrüder Rothschild" Verzicht leistete.

Aus dem Zusammenhange aller dieser Bestimmungen ergibt sich mit Sicherheit, daß die Kläger nicht die Stellung willkürlich zu entsetzender Verkaufs-Kommissionäre, sondern ein festes Recht auf alle die ihnen — nach Maßgabe der fortschreitenden Realisirung der Verkäufe — zukommenden Vortheile (Gewinnhälfte und Kommissionsgebühr) erhielten.

II.

Die Frage der Vertragsverletzung.

1) In zwei Hauptbeziehungen gelangte der Vertrag zu seiner Erfüllung. Der Verkauf von 1000 Stück Aktien an die Kläger wurde vollzogen und der Preis bezahlt. Sodann machten die Kläger von ihrem Rechte Gebrauch, weitere 5000 Stück auf eigene Rechnung zu übernehmen, und auch dieser Verkauf kam in beiderseitigem Einverständniß zum Vollzug. Eine Differenz, die sich mit Rücksicht auf den ersten Verkauf bezüglich der Zinsen erhob und die Ablieferung der später verlangten Aktien verzögert hatte, wurde erledigt.

Zwei andere Vertragsbestimmungen dagegen, der bedingte Darlehensvertrag und der Selbstverkauf von 5000 Stück Aktien durch die Beklagten, kamen nicht zur Ausführung, weil ein Darlehen nicht nöthig wurde, und die Beklagten keine Veranlassung fanden, ihren vorbehaltenen Selbstverkauf zu realisiren.

Ueber das Alles ist kein Streit.

2) Als Anzeichen eines Meinungszwiespalts und Vorläufer des späteren Streites zwischen den Parteien kann sowohl die Eröffnung der Beklagten an die Kläger vom 19. Mai 1856 gelten, worin die „provisorische Suspension weiterer Aktienverkäufe" verlangt wird (Bezirksger. Urtheil, Fact. G), als der Brief der Beklagten vom 23. Mai 1856, worin die Beklagten die Kläger „einladen, mit dem Verkauf der 14,090 Aktien nicht fortzuschreiten, ehe sie sowohl über den Preis als die Zeit der Realisation derselben sich mit ihnen geeinigt haben." (Bezirksger. Urtheil, Fact. I). Auf diese Begehren erfolgte zwar damals keine spezielle Erwiederung der Kläger, aber sie behielten sich doch im Allgemeinen ihre Vertragsrechte vor (Brief vom 19. Mai 1856, Act. 10: «En effet, nos engagements sont et resteront réciproquement obligatoires de toutes manières,» und Brief vom 27. Mai, worin sie die Weigerung der Beklagten, ihnen die 5000 verlangten Stück Aktien zu schicken, als etwas „ganz Willkürliches" erklären, was sie reellen Verlusten aussetzen würde, wofür sie die Beklagten verantwortlich machen würden).

Eine willkürliche Vertragsverletzung lag aber damals nicht vor,

indem die Beklagten selbstverständlich berechtigt waren, ihre Wünsche über vorheriges Einverständniß, bevor die Kläger zur Realisirung ihres Geschäftes im Einzelnen schreiten, diesen zu eröffnen und diese Eröffnung einstweilen keine weiteren Folgen hatte, da die einzige Realisirung, welche die Kläger damals beabsichtigten, ihr vorbehaltener Ankauf von 5000 Stück Aktien, in beiderseitigem Einverständniß schließlich vollzogen wurde.

3) Der erste Zusammenstoß der beiderseitigen Interessen und Ansichten ergab sich, als die Kläger – zum ersten Male seit dem Abschlusse des Vertrags, — im Juli 1856 eine Partie Aktien kommissionsweise an Dritte verkauften, und unterm 20. Juli 1856 den Beklagten Verkaufsrechnung über 500 Stück Nordostbahnaktien stellten, indem die letztern durch Brief vom 2. August sich weigerten, diesen Verkauf anzuerkennen und die betreffenden Aktien-Urkunden nicht überschickten.

Die Kläger verlangten damals auf Grundlage des Vertrages die Anerkennung ihres Kommissionsverkaufes, die Leistung der 500 Aktien und die ihnen vertragsmäßig zugesicherten Vortheile (Provision und Gewinnantheil). Die Beklagten verweigerten alle diese Forderungen, indem sie ihrerseits in dem Briefe vom 2. August (Bezirksger. Urtheil Fact. N) sich für berechtigt erklärten, den Klägern Verhaltungsaufträge (instruction) zu geben und ausdrücklich dieselben beauftragt haben, keine Verkäufe ohne vorheriges Einverständniß mit ihnen vorzunehmen.

Nach der obigen Darstellung des Rechtsverhältnisses hatten die Kläger ein ausschließliches Recht, nach ihrem eigenen Ermessen Kommissions-Verkäufe zu besorgen, nnd waren die Beklagten nicht berechtigt, sie willkürlich in der Abwicklung von Operationen zu behindern, auf deren Vortheile die Kläger gesellschaftsartige Ansprüche hatten.

In jener Weigerung der Beklagten lag also eine wirkliche Vertrags-Verletzung, wenn nicht die Beklagten besondere Gründe anzuführen vermochten, welche ausnahmsweise ihre Einsprache rechtfertigten. Die bloße Berufung darauf, daß sie Kommittenten und die Kläger Kommissionäre seien und daß sie daher das Recht haben, ihren Beauftragten weitere Vollzugsinstruktionen zu geben oder gar den Auftrag wieder abzunehmen, reichte in diesem anders normirten Vertragsverhältniß nicht aus.

4) Die Beklagten berufen sich nun freilich in den Prozeßverhand-

lungen auf zwei derartige besondere Gründe, deren erster auch in dem Briefe vom 2. August erwähnt wird:

a) darauf, daß die Kläger durch ihr Stillschweigen auf den ertheilten Verhaltungsbefehl, zur Zeit keine weiteren Verkäufe ohne vorheriges Einverständniß mit den Beklagten über Preis und Zeit vorzunehmen, denselben gutgeheißen und daher auf das Recht verzichtet haben, einseitig zu handeln;

b) daß die Kläger durch ihr doloses Verhalten das Vertrauen der Beklagten verwirkt und diese berechtigt haben, die Besorgung ihrer Interessen durch die Kläger schärfer zu überwachen, beziehungsweise zu beschränken.

Auch ich halte die erste Einrede wegen Verzichts der Kläger aus den in den obergerichtlichen Erwägungen 12—17 näher entwickelten Gründen für nicht begründet, und lege den diesfälligen Ausführungen der Beklagten nur das Gewicht bei, daß das Verhalten der Kläger jene in dem irrthümlichen Glauben an ihr Recht der Mitwirkung bei den Verkäufen bestärken konnte. Es ist freilich für die Frage, ob eine Vertragsverletzung vorliege, und für die Existenz einer Entschädigungsforderung wegen Nichterfüllung des Vertrags gleichgültig, was für einen Glauben die Beklagten bei ihrer Weigerung gehabt haben mögen. Aber in einem Falle, wo die Entschädigung durch richterliches Ermessen zu bestimmen ist, ist es nicht unerheblich, ob der Richter eine unredliche oder eine zwar absichtliche, aber redliche Verletzung des Vertrages, d. h. eine Verletzung, die in gutem Glauben an das eigene Recht geschehen ist, voraussetze.

Für die Entscheidung dieser Frage aber zu Gunsten der Redlichkeit der Beklagten in ihrem Verhalten ist der Hinweis auf die Verhandlungen der Parteien und das Verhalten der Kläger entscheidend.

Ebenso stimme ich mit der Erwägung 8 des obergerichtlichen Beschlusses bezüglich der zweiten Einrede der Argliſt vollständig überein und halte dieselbe für nicht begründet. Aber auch in dieser Beziehung erlaube ich mir eine psychologische Bemerkung hinzuzufügen, welche nach meiner Ansicht die Handlungsweise der Beklagten zu erklären mithilft.

Es ist eine bekannte Erfahrung, daß ein übermäßiges Vertrauen, wenn es getäuscht wird, leicht in ein ebenso gereiztes Mißtrauen um-

ſchlägt. In dieſem Falle waren die Beklagten. Als ſie zu Ende des Jahres 1855 mit den Klägern unterhandelten und einen Vertrag abſchloſſen, welcher den Klägern in Wahrheit ungewöhnlich große Rechte und Vortheile zuſicherte, welche durch die vertragsmäßig von ihnen übernommenen Gegenleiſtungen keineswegs hinreichend motivirt waren, wirkte ein geſteigertes Vertrauen und die aufgeregte Hoffnung, daß dieſe Geſchäftsverbindung mit dem erſten Banquierhauſe der Welt in jeder Weiſe fruchtbar und förderlich auf die Unternehmung der Beklagten einwirken werde, anerkannter Maßen ſehr ſtark ein.

Es wurde damals von dem Verwaltungsrathe der Nordoſtbahn keineswegs überſehen, daß der Vertrag, wenn er mit dem kritiſchen Auge eines Juriſten oder eines ſpekulirenden Kaufmanns geprüft werde, manche Aenderungen wünſchen laſſe. In dem Briefe vom 13. Dezember 1855 (Act. 3), durch welchen den Herren von Rothſchild die Genehmigung des Vertrags durch den Verwaltungsrath der Nordoſtbahn angezeigt wird, verheimlicht derſelbe dieſe Bedenken auch dem Mitkontrahenten nicht: « Le conseil d'administration *aurait bien eu motif à désirer des modifications dans quelques-unes des conditions du traité.* » Er erklärt ausdrücklich, daß die Annahme des Vertrages weſentlich dem Namen des Hauſes Rothſchild und dem unbegränzten Vertrauen zuzuſchreiben ſei, welches er zu demſelben habe: « et l'*accueil* que celui-ci a trouvé *est dû*, nous n'hésitons pas à vous le dire, *principalement à votre nom* et à la confiance absolue que nous avons en vous, Messieurs, et dans laquelle on ne s'est jamais trompé. Aussi *sommes-nous heureux* de vous posséder dans notre affaire. »

Dieſes unbegränzte Vertrauen ſpricht ſich ebenſo in dem Briefe vom 9. Januar 1856 (Act. Nr. 4) wieder aus. Daſſelbe wird noch durch die Erwartung gehoben, daß die Kläger nun ſofort ihre Geſchäftsbeſorgung in Angriff nehmen und in gemeinſamem Intereſſe durchführen werden: „Es wäre vortrefflich, wenn Sie möglichſt bald ſich in Paris ſelbſt durch die wenigſtens theilweiſe Realiſirung des finanziellen Theiles unſeres Unternehmens, d. h. durch Ihre Eröffnung eines dortigen Marktes für unſere Aktien als unſeren Verbündeten darſtellen würden." (Il serait bon de donner au plutôt votre sanction à nos rapports avec vous en vous déclarant ostensiblement notre allié

et cela à Paris même par la réalisation, partielle du moins, de la partie financière de notre affaire, c.-a.-d. en y ouvrant votre marché à nos actions.) Es wird darin verſprochen, ihre Ideen und Projekte in keiner Beziehung zu ſtören. „Wir erwarten Ihre Anordnungen, Ihre Signale, und Alles wird nach Ihrem Wunſche gehn.“ (Nous attendons vos dispositions, votre signal, et tout ira à votre gré.) Es wird darin verſichert, die Kläger können, einmal im Beſitze der beſten ſchweizeriſchen Bahn, ruhig abwarten, wie ſich die Schwierigkeiten der benachbarten Bahnen löſen und eine nach der andern — des Krieges müde — ſich unter ihren Schutz ſtellen werden (car une fois bien assis chez nous, c.-a.-d. en possession de la meilleure de nos affaires suisses, vous pouvez, sans vous en préoccuper, voir se dévider devant vous les différents qui surgissent tous les jours dans les entreprises voisines, les laisser faire et attendre tranquillement qu'elles viennent une à une, de guerre lasses, se mettre d'elles-mêmes sous votre égide).

Es iſt anzuerkennen, daß die Kläger keine Schuld haben, wenn die Beklagten übertriebene Vorſtellungen von der Wichtigkeit einer Verbindung mit ihnen gefaßt hatten, wozu nach den Akten der Bevollmächtigte der Beklagten ganz beſonders geneigt geweſen zu ſein ſcheint. Die Kläger haben bei Gelegenheit dieſes Vertragsabſchluſſes nur bewieſen, was ohnehin ſchon weltkundig war, daß ſie in ausgezeichnetem Grade eine ſpekulative Situation zu benützen wiſſen, um möglichſt reichliche Vortheile davon zu beziehen. Sie waren dabei in ihrem Recht, und wenn ſich die Beklagten in dieſer Beziehung täuſchten, ſo war dieſe Täuſchung nur eine Selbſttäuſchung.

Allmälig trat aber die Enttäuſchung ein und in Folge derſelben wurde nun auch der negative Pol in der Seelenſtimmung der Beklagten überwiegend, das Vertrauen ging in Mißtrauen über. Schon der an ſich geringfügige Umſtand, daß die Kläger einen kleinen Zinsgewinn auf ihren erkauften 1000 Stück Aktien in Anſpruch nahmen, welcher ihnen nach der Ueberzeugung der Beklagten nicht zukam, mochte einigermaßen abkühlend wirken; denn es zeigte ſich nun, daß auch ihren neuen Alliirten gegenüber die Kläger ſelbſt einen kleinen Gewinn zu machen nicht verſchmähen. Noch abkühlender aber wirkte die Erfahrung, daß die Kläger, trotz der warmen Einladung vom 9. Jänner, es mehrere Monate gänz-

lich anstehen ließen, irgend Etwas für die Anbringung der 19,090 Aktien zu thun. Vielleicht hatten sie dazu gute Gründe, aber diese Gründe erfuhren die Beklagten nicht. Sie bemerkten nur, daß der gehoffte Markt von Paris nicht eröffnet und die Allianz der Nordostbahn mit dem Hause Rothschild nicht in Paris proklamirt werde. Ebenso ging es mit der letzten Erwartung, daß die Kläger im Anschluß an die Nordostbahn ruhig abwarten, bis die übrigen schweizerischen Bahnen eine nach der andern sich ermüdet unter ihre Aegide stellen. Die Beklagten glaubten im Gegentheil, bei Gelegenheit der Fusionsverhandlungen wahrzunehmen, daß die Kläger ihre Hauptinteressen mit den Interessen anderer Schweizerbahnen verflochten haben und gesonnen seien, die letzteren auf Kosten der Nordostbahn zu begünstigen. Die letztere Enttäuschung brachte die Umstimmung zum Durchbruch, und nun folgte jene Depesche vom 19. Mai, welche weitere Verkäufe einstweilen zu hemmen versuchte.

Allerdings kamen nach diesen Erfahrungen die Parteien wieder theils über die Zinsfrage, theils über einen weiteren Verkauf von 5000 Stück Aktien an die Kläger selbst überein; aber das einmal gebrochene Zutrauen wurde doch nicht mehr hergestellt, zumal auch in dem Ankaufe von 5000 Aktien die Kläger wieder ihr eigenes Recht und ihr Sonderinteresse vorher befriedigten, bevor sie Anstalten trafen, um die Realisirung ihrer eigentlichen Kommissions-Verkäufe zu unternehmen.

Aus dem Allem ist nicht zu schließen, daß den Klägern eine Arglist zur Last falle, welche auch die Kündigung einer Gesellschaft vor Ablauf der Gesellschaftszeit dem dadurch verletzten und bedrohten Gesellschafter gegenüber, und noch eher die Beschränkung des Arglist treibenden Geschäftsführers rechtfertigte. Aber es dient dazu, das Mißtrauen der Beklagten und ihren Glauben zu erklären, daß sie in ihrem Rechte handeln, wenn sie den freien Verkauf ihrer Beauftragten vorsichtig beschränken. Es dient dazu, die Ueberzeugung zu bestärken, daß auch den Beklagten keine Arglist vorzuwerfen sei.

Es liegt also nach meiner Ansicht zwar eine absichtliche Nichterfüllung des Vertrags von Seite der Beklagten vor, aber kein arglistiger (doloser mit schlimmem Nebenbegriff) Vertragsbruch. Auch jene verpflichtet immerhin zum Schadenersatz.

5) Ein zweiter, ganz analoger Akt einer Verletzung des Vertrags vom 27. November 1855 wurde durch das neue Begehren der Kläger vom 22. August veranlaßt, ihnen außer den verkauften 500 Aktien, die sie wiederholt verlangen, „eintausend weitere Stücke zum Voraus" zu überschicken, damit zukünftige Lieferungen nicht mehr so sonderbare Verzögerungen erleiden." (Bezirksgerichtl. Urtheil Fact. O). Zwar wurde damit keine Anzeige von weiteren bewerkstelligten Verkäufen verbunden, und es waren auch solche inzwischen nicht geschehen. Aber man begreift es, daß die Kläger nach den ausgesprochenen Konflikten sicher sein wollten, wenn sie weitere Kommissionsverkäufe eingehen, auch ohne Verzug die nöthigen Urkunden den Käufern zustellen zu können. Immerhin erklärten sie damit ihre Neigung, bis etwa auf 1000 Stück in der nächsten Zukunft weitere Verkäufe zu machen, und die Beklagten waren nach dem Vertrage verbunden, ihnen zu diesem Behufe die Aktienurkunden zur Verfügung zu halten. (Art. 1 und 3.)

In ihrer ausführlichen Antwort vom 9. September verfechten die Beklagten neuerdings ihre Auffassung des Rechtsverhältnisses, sprechen die Hoffnung aus, daß der Versuch, ihr Eigenthum ohne ihre Zustimmung in einem ihnen in jeder Beziehung ganz ungelegenen Augenblick auf den Markt zu bringen, von den Klägern werde aufgegeben werden, verweigern die Uebersendung von 1000 Stück Aktien und drohen, wenn die Kläger ihr Begehren durch Klage bei Gericht verfolgen würden, dann ihrerseits gerichtlich auf Aufhebung des Vertrags zu klagen. (Bezirksg. Urth. Fact. P.)

Diese Weigerung der Beklagten bezog sich zunächst auf die verlangten 1000 Stück, aber prinzipiell und ausschließend auch auf die übrigen 13,090 Stück, d. h. den ganzen noch nicht emittirten Aktienvorrath.

Sie war freilich nicht unbedingt, sie verlangte nur für jeden einzelnen Verkaufsfall vorherige Verständigung unter beiden Kontrahenten. Aber da die Kläger nach der obigen Ausführung ein Recht hatten, selbstständig und ohne vorherige Anfrage bei den Beklagten die Verkäufe auf gemeinsame Rechnung zu bewerkstelligen, so brauchten sie sich diese Beschränkung nicht gefallen zu lassen und konnten in jener Weigerung der Beklagten in der That eine Vertragsverletzung erkennen, deren für sie schädliche Folgen ihnen von den Beklagten zu ersetzen seien.

6) Durch die beiden erwähnten Weigerungen der Beklagten, die

verlangten Aktien den Klägern zur Verfügung zu stellen, sind die erstern den letzteren auch nach meiner Ansicht verantwortlich und ersatzpflichtig geworden.

Aber auf jenes Unrecht der Beklagten folgte nunmehr auch ein unrechtliches Verhalten der Kläger, das bei der Beurtheilung des gegenwärtigen Prozesses auch nicht übersehen werden darf.

Sie waren zugleich Commissionäre und sie waren Gesellschafter der Beklagten. In beiden Eigenschaften waren sie vertragsmäßig verpflichtet, nicht ausschließlich und rücksichtslos ihre eigenen Sonderinteressen zu verfolgen, sondern auch die Interessen ihrer Comittenten und die gemeinsamen Interessen ihrer Gesellschafter, d. h. der Beklagten zu beachten und nach Kräften zu wahren. Es gab bei dem eingetretenen Konflikte zwei Wege, welche in Berücksichtigung der vorhandenen Vertragsverhältnisse zur Lösung desselben eingeschlagen werden konnten; und auf beide Wege war in dem letzten Briefe der Beklagten vom 9. September hingewiesen worden: Entweder Versuch zur Verständigung oder rechtliche Bereinigung des Streites. Die Verständigung im Prinzip war freilich jetzt nur noch durch Verzicht der Kläger zu erwarten, und zu solchem Verzichte hatten die Kläger allerdings keinen Grund. Aber sie war in einzelnen konkreten Fällen möglich, ohne das Prinzip zu gefährden und ohne Verzichtleistung der Kläger auf ihre Rechte, und dazu machten dieselben auch nicht den geringsten Versuch. Sie waren durch nichts verhindert, wenn sich nach ihrer Meinung Aussichten zum vortheilhaften Anbringen einzelner Aktienpartien zeigten, ihren Entschluß zum Benützung derselben den Beklagten zu eröffnen, und es ist immerhin möglich, daß die Beklagten in solchen Fällen dem Verkaufsprojekt zugestimmt hätten, und das Geschäft auf gemeinsame Rechnung zum Abschluß gekommen wäre. Dieser Weg war freilich nicht ganz glatt und nicht ohne einige Mühe für die Kläger. Wenn aber ein Commissionär oder ein geschäftsführender Gesellschafter so große Vortheile von der Erfüllung seiner Vertragspflicht zugesichert erhalten hat, wie in dem Vertrage vom 27. November 1855 die Kläger, so darf er auch einige Unbequemlichkeiten nicht scheuen und mindestens seine Comittenten und Gesellschafter durch fortgesetzte Korrespondenz von seinen Ansichten und Absichten in Betreibung ihrer und der gemeinsamen Geschäfte in fortlau-

fender Kenntniß erhalten. Das haben aber die Kläger nicht gethan. Sie haben ganz einfach auf den Brief der Beklagten vom 9. September alle Korrespondenz abgebrochen und in einem Vertragsverhältnisse, das schon mit Ende März 1857 sein vertragsmäßiges Ende erreichte, vom 9. September 1856 bis in den März 1857 vollständig stille geschwiegen und nichts mehr für Erfüllung des Vertrages gethan.

Hielten sie aber eine Verständigung im Ganzen und im Einzelnen für unmöglich, so stand ihnen der andere Weg, der des Prozesses und der gerichtlichen Entscheidung der Streitfrage, offen Die Beklagten waren nach ihrem Schreiben darauf gefaßt und hatten sie veranlaßt, denselben einzuschlagen. Auch das thaten die Kläger nicht bis im März, unmittelbar vor dem Ausgange der Vertragszeit. Sie erklärten in der ganzen Zwischenzeit bis zum 4. März 1857 (Bezirksg. Urtheil Fact. Q) nicht einmal ihre Absicht, daß sie ihr Recht zu verfolgen gedenken. Sie ließen die Beklagten ohne alle Antwort und veranlaßten durch dieses absolute Stillschweigen die Vermuthung, daß sie sich bei der Eröffnung der Beklagten vom 9. September beruhigt haben.

Dieses Verhalten der Kläger ist keineswegs im Einklang mit ihrer Vertragspflicht. Weder als Commissionäre durften sie so lange schweigen und unthätig verharren, noch als geschäftsführende Gesellschafter. Sie waren schuldig, die Beklagten wissen zu lassen, was sie auf deren Eröffnung hin zu thun vorhaben; denn was sie thaten und nicht thaten, war von größter Wichtigkeit für die Interessen der Beklagten, welche sie entweder als Commissionäre zu besorgen oder als Gesellschafter auf gemeinsame Rechnung zu vertreten übernommen hatten.

Nach allgemeinem und zürcherischem Recht ist der Commissionär verpflichtet, dem Committenten von der Ablehnung eines erhaltenen Auftrages unverzüglich Kenntniß zu geben, und wenn er diese Verpflichtung versäumt, der Committent berechtigt, das Stillschweigen als Zustimmung auszulegen.

Privatr. Gesetzb. § 1617.

Cod. civ. §§ 1985, 1993.

Cod. de comm. §§ 91 u. 92.

In Gesellschaftsverhältnissen schulden sich die Gesellschafter wechselseitig „Treue und guten Glauben",

Privatr. Gesetzbuch § 1212,
Cod. civ. §§ 1852, 1854 u. 1856,

und mit dieser ebenfalls allgemein anerkannten Verpflichtung war ein solches gänzliches Stillschweigen nicht im Einklang. Die Treue und der gute Glauben forderten eine Antwort der Kläger auf die Eröffnung der Beklagten.

Diese waren in Folge jenes ungehörigen Stillschweigens nun berechtigt, anzunehmen, die Kläger haben sich der Einstellung weiterer Commissionsverkäufe bis zu wechselseitiger Verständigung beider Parteien über Zeit und Preis für die Zukunft gefügt.

Diese, meines Erachtens bisher noch nicht hinreichend gewürdigte Vertragswidrigkeit des klägerischen Verhaltens ist für den Prozeß von großer Bedeutung. Zwar ist, wie die obergerichtliche Erwägung 17 sagt, aus der Nichterhebung einer Klage bis in den März 1857 nicht ein Verzicht auf eine Ersatzforderung wegen Vertragsverletzung zu folgern. Ich erkenne an, die Kläger blieben, trotz ihres Stillschweigens seit dem 9. September 1856, berechtigt, für den Schaden, den sie durch Nichterfüllung des Vertrags von Seite der Beklagten bis dahin erlitten hatten, auch nachher noch Ersatz zu fordern. Aber während bis zu jenem Zeitpunkte die Beklagten den Verpflichtungen des Vertrages nicht genügt hatten und deßhalb für den Schadenersatz einstehen mußten, so hatten sich von dieser Zeit an die Kläger dem Vertrag gegenüber in's Unrecht gesetzt und von da an hatten die Kläger kein Recht mehr, sich über eine fortdauernde Vertragsverletzung der Beklagten zu beschweren. Die Beklagten waren in ihrem Rechte, wenn sie das Stillschweigen der Kläger wenigstens als thatsächliches Zugeständniß auslegten; und wenn sie von da an ihrerseits entweder die vorausgesetzten Verkaufsvorschläge der Kläger ruhig abwarteten, oder annahmen, die Kläger wollen selbst keine Kommissionsverkäufe unternehmen, so durften ihnen die Kläger, welche sie ohne alle Antwort gelassen, und jene Erwartung und Annahme dadurch verschuldet hatten, keineswegs eine fortgesetzte Vertragsverletzung vorwerfen.

7) Selbst wenn dieses stillschweigende Zugeständniß nur als ein einstweiliges und vorübergehendes aufgefaßt wird, so wirkt es

doch zu Gunsten der Beklagten vom 9. September 1856 bis zum 6. März 1857, an welchem Tage überhaupt zum ersten Male die Ablieferung von 14,090 Stück Aktien durch den Anwalt der Kläger gefordert worden ist. In der Weigerung, diesem Begehren zu entsprechen, vermag ich keine Vertragsverletzung mehr von Seite der Beklagten zu erkennen. Wäre diese Forderung im September 1856 auf die Eröffnung der Beklagten vom 9. September gestellt worden, dann freilich wäre ihre Ablehnung eine Vertragsverletzung gewesen; im März 1857 aber nicht mehr. Denn

a) die Kläger waren nicht berechtigt, nachdem sie sich durch fünfmonatliches Stillschweigen bei den Eröffnungen der Beklagten beruhigt und ihr Einverständniß thatsächlich dargethan hatten, nun plötzlich das Gegentheil zu verlangen;

b) und die Beklagten waren berechtigt, sogar abgesehen davon, ihrem Kommissionär und ihrem geschäftsführenden Gesellschafter gegenüber, mit Rücksicht auf dessen gesammtes Verhalten während der Vertragsperiode, jenes Begehren abzulehnen;

c) endlich war es nach der Sachlage offenbar, daß dieses Begehren nicht als Vollzug der Geschäftsbesorgung für die Beklagten gemeint war, sondern lediglich den Zweck hatte, einen Prozeß gegen die Beklagten auf Entschädigung einzuleiten.

Der erste Grund zur Ablehnung ist zur Genüge in der vorigen Ausführung erörtert; der zweite und dritte bedürfen noch einer kurzen Beleuchtung.

Zu b). Wenn auch im Juli und August 1856 wohl hinreichende Gründe vorlagen, um das Mißtrauen der Beklagten gegen die Kläger zu erklären, aber nicht Gründe genug, um die Vollmacht der Kläger zurückzuziehen oder zu beschränken, so war nun durch das vertragswidrige Verhalten der Kläger seit dem Empfang des Briefes vom 9. September 1856 das Maß voll und die Sachlage eine andere geworden. Die Beklagten konnten nun mit vollem Rechte erklären, daß die Kläger durch ihr vertragswidriges Stillschweigen und Nichtsthun das Vertrauen in ihre Geschäftsführung verwirkt haben, und demgemäß wirklich ihren Auftrag beschränken oder zurückziehen. Das ganze Verhalten der Kläger während der Vertragsdauer hatte den Eindruck machen müssen, daß dieselben vorzugsweise ihr eigenes Inter-

esse und weniger das ihrer Kommittenten und Gesellschafter betreiben. Nun war seit dem 9. September 1856 eine offenbare und vertragswidrige Mißachtung der letzteren Interessen und Rechte hinzugekommen. Wie konnte man auch jetzt noch den Beklagten zumuthen, daß sie blindlings die Besorgung ihrer Interessen ferner den Klägern überlassen? Ihre Forderung, daß Kläger, bevor sie weitere Verkäufe vornehmen, sich vorher mit ihnen verständigen sollen, war nur eine durchaus gemäßigte und durch das Benehmen der Kläger gerechtfertigte geworden. Die Beklagten waren berechtigt, nun weiter zu gehen und zu erklären, daß sie überhaupt nicht mehr im März 1857, in dem letzten Monate der Vertragsperiode eine Geschäftsbesorgung für sie durch die Kläger zugeben, nachdem diese während der dreizehn früheren Vertragsmonate fast Nichts im gemeinsamen Interesse geleistet und während 5 Monaten sich geradezu jeder Uebung ihrer Vertragspflicht entzogen haben.

Zu c). Hätten Kläger im März 1857 wirklich den Willen gehabt, endlich doch noch durch eine glückliche Operation den Verkauf sämmtlicher Aktien zu bewerkstelligen — wozu sie früher allerdings selbst unter Widerspruch der Beklagten, jetzt nicht mehr berechtigt waren — wäre ihre Forderung ernstlich auf Vertragsvollzug gerichtet gewesen, so hätte sich in dem Schreiben vom 4. März 1857 doch eine Spur eines solchen Vorhabens finden müssen. Sie hätten dann den Beklagten irgendwie die Möglichkeit einer endlichen und vortheilhaften Realisirung angedeutet. Aber davon ist nichts in dieser letzten Aufforderung zu entdecken. Wohl aber spricht sich in der ganzen Form und in dem ganzen Inhalt dieses Briefes der Entschluß der Kläger aus, auch jetzt wieder ausschließlich ihr eigenes Interesse zu verfolgen. Die Forderung auf sofortige Abgabe von 14,090 Aktien, zu welcher Kläger auch vor dem 9. September 1856 nicht auf Einmal oder doch nur unter Vorlage einer auf die Anbringung des ganzen oder fast des ganzen Aktienvorraths gerichteten Geschäftsverhandlung berechtigt waren, diese Forderung hatte jetzt so kurz vor dem Ablaufe der Vertragszeit wesentlich nur die Bedeutung einer prozessualischen Unterlage, um auf deren Abweisung durch die Beklagten ein exorbitantes Entschädigungsbegehren zu gründen, d. h. sie war wieder ohne alle Beachtung der Interessen der Be-

klagten, deren Geschäftsbesorgung die Kläger übernommen hatten, in ausschließlichem Interesse der Kläger gestellt. Darauf einzugehen, war aber einem Committenten und Gesellschafter in keiner Weise zuzumuthen.

III.

Folgen der Vertragsverletzung. Grundlagen der Entschädigungsberechnung.

1) Der Hauptgrundsatz, nach welchem die Entschädigungsforderung zu bemessen ist, findet sich in den §§ 997—999 des privatrechtlichen Gesetzbuches ausgesprochen:

> § 997. Hat der Schuldner absichtlich die Erfüllung der versprochenen Leistung unmöglich gemacht, so wird er um deßwillen verpflichtet, das volle Interesse in Geld zu vergüten. Darin ist das mittelbare Interesse, d. h. der Schaden, welcher nur in Verbindung mit anderweitigen Umständen den Gläubiger betroffen hat, inbegriffen.
>
> § 998. Die bloße Möglichkeit eines Gewinnes, welcher dem Gläubiger vielleicht wegen Nichterfüllung der versprochenen Leistung entgangen ist, kann nicht als Schaden angerechnet werden. Anders wenn dem Gläubiger um der Nichterfüllung willen ein wirklicher Gewinn nachweisbar entzogen worden ist.
>
> § 999. Die Schätzung des Schadens geschieht nach freiem richterlichen Ermessen in Berücksichtigung der Umstände. Im Zweifel ist der Erfüllungsort und der Zeitpunkt, zu welchem die Leistung hätte gemacht werden sollen, als maßgebend für die Berechnung des Schadens zu betrachten.

Im Allgemeinen stützt sich auch das bezirksgerichtliche Urtheil auf diese Vorschriften des Gesetzes; aber es unterscheidet nach meiner Ueberzeugung nicht hinreichend zwischen den verschiedenen Vertragsverletzungen, die zur Beurtheilung kommen, nimmt zum Schaden der Beklagten eine böswillige Absicht derselben an, übersieht ganz, daß den Klägern auch Vieles zur Last falle, und macht in Folge dieser Annahme von dem richterlichen Ermessen zum Nachtheil der Beklagten einen so weit gehenden Gebrauch, daß am Ende weder die Vorschrift des § 998

nur den nachweisbar entzogenen wirklichen Gewinn zu beachten, noch die des § 999 „in Berücksichtigung der Umstände" zu verfahren, hinreichend gewahrt erscheinen.

2) Die erste Vertragsverletzung, welche den Beklagten zur Last fällt, bezog sich auf die am 20. Juli 1856 verlangte Lieferung von 500 Stück Aktien, welche Kläger in Kommission verkauft hatten. In Folge dieser absichtlichen — wenn auch nicht unredlichen — Nichterfüllung des Vertrags haben Beklagte den Klägern das volle Interesse zu vergüten.

Die Größe dieses Interesses ist aus den Akten ganz genau ermittelt, und es ist in der That auffallend, daß dieß in dem bezirksgerichtlichen Urtheile ganz übersehen und daß die völlig sichere Rechnung über den wirklichen Schaden beseitigt worden ist, um statt derselben eine völlig unsichere und willkürliche Wahrscheinlichkeits-Berechnung eines zweifelhaften Gesammtschadens vorzunehmen.

Jene sichere Bestimmung des Schadens nämlich ergibt sich aus der Verkaufsrechnung der Kläger selbst, vom 20. Juli (Bezirksgerichtl. Urtheil Fact. M.), über welche hinauszugehen gar kein Grund ist.

Nach dieser Rechnung entgingen den Klägern folgende zwei Vortheile:

a) Kommissionsgebühr, ganz richtig zu 1½% von dem wirklichen Erlös berechnet, nach Abzug von Courtage für 500 Stück Aktien zu Fr. 249,811. 40 . . Fr. 3747. 15

b) Die Hälfte des Ueberschusses des nach Abzug der Kommissionsgebühr der Kläger sich ergebenden Preises von Fr. 246,064. 25 über den vertragsmäßigen Minimalpreis von Fr. 475 . „ 4282. 10

Fr. 8029. 25

Der Durchschnittsbetrag des wirklichen Erlöses für eine Aktie beträgt folglich nach dieser ersten und einzigen Verkaufsrechnung . . . . Fr. 499,62. 28
oder nach Abzug auch der klägerischen Kommissionsgebühr . . . . . „ 492,12. 85

Der Durchschnittsbetrag der Kommissionsgebühr
stellt sich auf die Aktie . . . . . Fr. 7,19. 43
und der Durchschnittsbetrag des Gewinnantheils
zur Hälfte . . . . . „ 8,56. 42
Der Durchschnittsbetrag der sämmtlichen Vortheile
der Kläger auf das Stück . . . . . „ 16,05. 85

3) Schwieriger ist die Ermittlung des vollen Interesses, welches die Beklagten den Klägern zu ersetzen haben, bezüglich der übrigen verkäuflichen Aktien. Hier muß das richterliche Ermessen ergänzen, was an Sicherheit der thatsächlichen Grundlagen der Berechnung fehlt.

Die Ungewißheit bezieht sich

a) auf die Zahl der Aktien, welche in Betracht kommen;

b) auf die Größe des Preises, nach welchem die Kommissionsgebühr und der Gewinnantheil der Kläger sich richtet.

Zu diesen beiden Faktoren kommt noch:

c) Die Bestimmung der Zeit, während welcher die Beklagten sich im Verzuge befanden.

4) Ich nehme die Bestimmung der Verzugszeit voraus, weil sie von Erheblichkeit ist auf die beiden andern ungewissen Faktoren.

Aus meiner obigen Ausführung II, 6 und 7, ist die Verzugszeit von Anfang August 1856 bis Mitte September 1856 nicht darüber hinaus zu berechnen. Ich werde daher diese Zeitbestimmung der Ermittlung des wahrscheinlichen Interesses zu Grunde legen.

Da indessen das Bezirksgericht in seinem Urtheil die Verzugsfrist von Anfang August 1856 bis Ende März 1857 berechnet, da ferner auch das Obergericht in seinem Rückweisungs-Beschluß — freilich ohne damit die Frage definitiv zu entscheiden — nur diese längere Frist in Betracht zieht, da endlich diese Frist zwar meines Erachtens nicht als Verzugs-, wohl aber als Vertragszeit in Berücksichtigung kommt, so werde ich eventuell auch diese zweite Frist beachten.

5) Anzahl der Aktien.

Nach Abzug jener 500 Aktien (III. 2) blieben noch 13,590 Aktien als mögliches Objekt vertragsmäßiger Realisirung übrig. Das bezirksgerichtliche Urtheil nimmt nun, ohne den dagegen erhobenen Bedenken

irgend einen Werth zuzugestehen, ohne Weiteres an, da die Kläger ein vertragsmäßiges Recht auf deren Veräußerung gehabt haben und durch die Beklagten daran gehindert worden seien, so sei zu Gunsten der Kläger zu vermuthen, sie hätten alle diese Aktien mit Vortheil verkaufen können und haben daher einen Anspruch auf die Commissionsgebühr und auf den Gewinnantheil.

Der obergerichtliche Rückweisungsbeschluß dagegen hat sich in Erwägung 20 vorsichtiger dahin erklärt, die Weigerung der Beklagten und demgemäß ihre Vertragsverletzung erstrecke sich auf das ganze Vertragsobjekt, soweit sich annehmen lasse, daß Kläger bei gehöriger Leistung der Beklagten die 14,090 Stück Aktien von Anfang August 1856 bis zum Ablauf der Vertragsdauer (31. März 1857) innert den Vertragsbestimmungen hätten verkaufen können.

Wird die Verzugsfrist, wie es meiner Ansicht nach geschehen muß, auf die Zeit von Anfang August bis Mitte September beschränkt, so hebt sich auch die Schwierigkeit jener Zahlbestimmung ziemlich leicht. Unter dieser Voraussetzung nämlich ist die den Klägern günstigste Annahme, daß sie alle die von ihnen zuerst unterm 22. August und zum Voraus verlangten Aktien, d. h. weitere 1000 Stück wirklich hätten verkaufen können.

Vor dem 22. August nämlich hatten sie überhaupt kein Begehren gestellt; an demselben verlangten sie, und zwar ohne Aussicht auf unmittelbare Verkaufsgelegenheit, lediglich um bei späteren Verkäufen nicht mehr in der Lieferung aufgehalten zu werden, 1000 Stück zum Voraus. An eine größere Verkaufsoperation wurde auch von den Klägern gar nicht gedacht; sie wollten allmälig die Verkäufe realisiren und nahmen an, daß für die nächste Zeit ein Vorrath von 1000 Stück genüge. Darüber hinaus gingen weder ihre Erwartungen, noch ihre Geschäftseinleitungen.

Zu der willkürlichen Annahme, daß die Kläger in den nächsten Wochen über die verlangte Vorrathssumme hinaus weiterer Vorräthe bedurft hätten und an deren Realisirung durch die Beklagten gehindert worden seien, ist nicht nur kein Grund vorhanden, sondern es spricht im Gegentheil ihr Brief vom 22. August und ihr Stillschweigen, bevor und nachdem sie die Antwort vom 9. September erhielten, entschieden gegen dieselbe.

Wir sind aber berechtigt, jene den Klägern günstige Annahme, daß sie an der Veräußerung von weiteren 1000 Stück gehindert worden seien, der Berechnung des Schadens zu Grunde zu legen, weil die Beklagten damals im Verzuge der Leistung, d. h. im Unrecht waren.

Bei unserer Ansicht über die Verzugsfrist kommt es aber auf die spätere Zeit nach Mitte September 1856 bis Ende März 1857 nicht mehr an, weil Beklagte bezüglich der übrigen 12,590 Aktien nicht mehr im Verzuge waren und Kläger durch ihr bloß passives Verhalten an dem Stillstand der Realisation selbst Theil nahmen. Auch für diese Zeit ihnen zu Gunsten die Wahrscheinlichkeit von Verkäufen zu vermuthen und ihnen dafür besondere Vortheile zuzusprechen, dazu fehlt es an einem Grund.

6) Wenn man auch nicht bloß jene Verzugsfrist, sondern die ganze Vertragsfrist bis Ende März 1857, während welcher nach den Bestimmungen des Vertrags vom 27. November 1855 der ausschließliche Verkauf des Aktienvorraths den Klägern zugesichert war, in Berechnung zieht, so rechtfertigt sich auch in diesem Falle die ganz willkürliche Annahme, daß Kläger, ohne den Widerspruch der Beklagten, den ganzen Aktienrest von 13,590 Aktien wirklich mit Vortheil verkauft hätten, in keiner Weise.

Sie ist vor allen Dingen nicht in dem Vertrage begründet, sie ist es ebenso wenig in dem konkreten Verhalten der Parteien, sie ist es endlich nicht in den allgemeinen Wahrscheinlichkeitsverhältnissen;

a) nicht in dem Vertrage. Der Vertrag vom 27. November 1855 beabsichtigt allerdings die möglichst vollständige Anbringung des gesammten Aktienvorraths der Beklagten durch Verkaufshülfe der Kläger, und statuirt die Möglichkeit einer wirklichen Realisirung bis Ende März 1857. Aber auch nur die Möglichkeit, nicht mehr, nicht einmal die Wahrscheinlichkeit, noch weniger die Nothwendigkeit derselben. Der Vertrag sieht ebenso gut die entgegengesetzte Möglichkeit voraus, daß auch den Klägern die gänzliche Realisirung nicht gelingen werde. Deßhalb wird die Frist, während welcher allein den Klägern ein ausschließliches Verkaufsrecht eingeräumt

wird, auf den 31. März 1857 begrenzt, und für später sowohl eine Verlängerung des Vertragsverhältnisses, als auch freie Hand für die Beklagten vorbehalten (Art. 5).

Die Voraussicht der beiden Contrahenten statuirt sogar eine sehr theilweise Realisirung als ebenfalls möglich, und sie treffen für diesen Fall ganz ausführliche Verabredungen in Art. 6. Während der gesammte Aktienvorrath nämlich von 20,090 Aktien ungefähr 9 bis 10 Millionen Werth hatte, wird als möglich vorausgesehen, daß die Aktienverkäufe von Dezember 1855 bis Oktober 1857 nicht mit dem Bedürfnisse von Kapitaleinzahlungen von im Ganzen 2½ Millionen Schritt halten könnten, und eben für diesen Fall werden die Vorschüsse der Kläger verlangt. Zugleich wird verabredet, daß diese Vorschüsse, auch wenn sie bis Ende Dezember 1856 nicht aus Aktienverkäufen zurückerstattet werden könnten, doch jedenfalls bis Ende März 1857, also mit dem Ablaufe der ganzen Vertragszeit bezahlt werden müssen, widrigenfalls Kläger berechtigt sein sollen, bis zu ihrer Deckung dannzumal die noch nicht verkauften Aktien der Beklagten auch zu geringeren Preisen zu verkaufen.

Nach dem Vertrage ist es also ebenso möglich, daß alle Aktien — wie möglich, daß kaum ein Viertheil derselben bis zum 31. März 1857 angebracht werden. Der Vertrag ermächtigt daher nicht zu der Annahme, daß der wirkliche Verkauf des ganzen Vorrathes innerhalb der Vertragszeit unter den Parteien als wahrscheinlich oder gar als nothwendig vorausgesetzt worden sei; und kann daher auch keine Vermuthung für dieselbe begründen.

b) Nicht begründet in dem konkreten Verhalten der Parteien.

Die ganze Vertragsdauer war 16 Monate. In den ersten 7 Monaten hatten die Kläger für sich selber 6000 Stück angekauft, aber, ungeachtet wiederholter Mahnungen der Beklagten, kein Stück auf gemeinsame Rechnung verkauft. Der erste Versuch eines Commissionsverkaufs geschah im achten Monate, und dieser ging nicht über 500 Stück hinaus.

Rechnet man alle diese Realisirungen zusammen zu 6500

Stück, angebracht in der ersten Hälfte der Vertragszeit, so wären, wenn die Realisirung in der zweiten Hälfte gleichen Schritt gehalten hätte, wie in der ersten, von den übrigen 13,590 Stück noch 6500 angebracht worden. Oder rechnet man nur die Commissionsverkäufe, wie im Monat Juli begonnen, so monatlich zu 500 Stück fortgesetzt, so wären von dem Reste der 13,590 noch 4000 Stück verkauft worden.

Alle diese Annahmen sind willkürlich, aber sie sind um kein Haar willkürlicher und um vieles natürlicher und billiger, als die unglaubliche Annahme, daß in den letzten Monaten alle 13,590 Stück realisirt worden wären.

Wenn einmal das richterliche Ermessen genöthigt ist, eine Zahl zu fingiren — und sobald man die frühere Bestimmung (III. 5) verläßt, die einen sichern Anhalt gewährt, so sind willkürliche Fiktionen unvermeidlich — so erfordert es die Billigkeit, daß weder die den Klägern, noch die den Beklagten günstigste Möglichkeit, sondern ein zwischen beiden äußersten Möglichkeiten liegender Ansatz gewählt werde.

c) Nicht begründet in den allgemeinen Wahrscheinlichkeitsverhältnissen.

Ich lege auf diesen dritten Mangel, da die beiden ersten mir entscheidend scheinen, weniger Werth, indem hier die Unsicherheit noch größer wird, als bisher, und daher die Phantasie den freiesten Spielraum bekommt, das Dunkel mit ihren Einbildungen auszufüllen. Da indessen die beiden Experten-Gutachten sich wenigstens theilweise damit beschäftigen, so darf ich auch diesen Punkt nicht übergehen.

Im Gegensatze zu dem Gutachten des Herrn Kaufmann von Basel behauptet Herr G. Bleichröder in Berlin, es wäre den Klägern nicht schwer geworden, die ganze Masse der nicht verkauften Aktien vor dem 31. März 1857 und sogar an Einem Tage um vortheilhafte Preise anzubringen.

Sieht man näher zu, worauf sich denn diese kühne Behauptung gründe, so findet man, daß sie eine zwiefache Basis hat, einmal das Vertrauen in die reichen Hülfsmittel und in die

Fertigkeit großer Bankierhäuser, den Verkaufswerth solcher Werthpapiere auf den Börsen künstlich zu steigern und andrerseits auf der Begierde des Publikums, an diesem Interessen-Spiel Theil zu nehmen. Unter dem Namen des Konsortium's wird ein solches Börsenmanöver näher geschildert. Dabei wird vorzugsweise auf die Kursdifferenz spekulirt, und schließlich realisiren die verbündeten Banquiers ihren Spielgewinn auf Kosten des angeführten großen Publikums, bei dem die Werthpapiere zuletzt hängen bleiben. Mit einem Wort, die ganze Operation, auf welche Herr Bleichröder seine Behauptung stützt, ist mit ihrem deutschen Namen Börsenschwindel. Allerdings hat dieser Börsenschwindel auf den großen Börsen in Paris, Berlin und Wien u. s. f. in den letzten Jahren eine sehr große Rolle gespielt. Manche sind dabei reich oder reicher geworden, Viele arm oder ärmer. Wir haben keine gesetzlichen Mittel, diesen Schwindel zu behindern; wir müssen ihn als eine moralische und ökonomische Krankheit dulden, weil seine Unterdrückung noch größere Uebel zur Folge hätte. Aber es ist vielleicht das erste Mal, daß man wagt, der Gerechtigkeit selbst zuzumuthen, daß sie einen derartigen Schwindel ihrerseits fingire, um auf diese Fiktion gestützt, einem großen Banquierhause einen Gewinn zuzusprechen, wie wenn es den Schwindel gemacht und mit glücklichem Erfolg gemacht hätte.

Ich habe keine Besorgniß, daß das zürcherische Obergericht auf diese Zumuthung des Hrn. Bleichröder eingehen werde. Es ist daher fast überflüssig und nur der Vollständigkeit wegen noch räthlich, darauf aufmerksam zu machen:

a) daß die bekannte Erfahrung sämmtlicher schweizerischer Eisenbahnen bezüglich ihrer Aktien gegen die Behauptung des Hrn. Bleichröder spricht, trotz alles Schwindels auf den Börsen und ungeachtet sie mit den größten Börsenmächten, wie insbesondere bald mit dem Hause Rothschild oder bald mit dem Hause Pereire enge Verbindungen eingegangen waren,

b) daß die Kläger nicht die geringste Neigung zeigten, einen derartigen Schwindel einzuleiten,

c) daß die Kläger selbst in ihrem Brief vom 22. August 1856

(Act. 33) geradezu das Gegentheil jenes eintägigen Gesammtschwindels, d. h. einen allmäligen abgestuften Verkauf nach Maßgabe der Nachfragen auf den Märkten als den allein konvenablen Weg zur Realisirung bezeichneten und einschlagen wollten, und selbst die Gefahr hervorhoben, die Hr. Bleichröder für nichts anschlägt, es könnten durch das Ausgebot von mehreren tausend Aktien auf Einmal die Märkte erdrückt werden. (Nous croyons en effet qu'il convient mieux d'échelonner les réalisations en se réglant sur la demande des marchés que d'écraser ceux-ci subitement par l'offre de plusieurs milliers d'actions à la fois dans un moment peut-être moins favorable.)

Das Gutachten des Hrn. Kaufmann, welches mir überhaupt einen viel solideren Eindruck gemacht hat als das Bleichröderſche, führt in durchaus glaubwürdiger Weise die Gründe und Erfahrungen aus, welche dafür sprechen, daß der Verkauf von schweizerischen Bahnaktien im Auslande mit großen Schwierigkeiten verbunden sei und nur in geringem Maße ermöglicht werde, und daß die inländischen Märkte der Schweizerplätze schon hinreichend gesättigt seien, um keine massenhaften neuen Ankäufe zu machen. Diese Verhältnisse sind bis auf einen gewissen Grad notorisch. Sie werden überdem bestätigt durch die bei den Akten liegenden Erhebungen von der Pariserbörse. Die Beklagten hatten nun allerdings die Hoffnung, daß es den Klägern gelingen werde, die Ungunst dieser Zustände zu überwinden und ihren Aktien einen neuen großen Weltmarkt zu eröffnen. Aber ihre eigenen Erfahrungen stimmen mit der allgemeinen Wahrnehmung zusammen, daß diese Hoffnung auch anderer Schweizerbahnen in keinem einzigen Falle erfüllt worden sei. Gewiß berechtigen daher die allgemeinen Wahrscheinlichkeitsverhältnisse nicht zu der Vermuthung, daß ausnahmsweise in diesem Falle es den Klägern noch geglückt wäre, jene Hoffnung zu realisiren.

7) Es bleibt noch die schwierige Frage übrig, wie der Preis für die aus Schuld der Beklagten unverkauft gebliebene Aktienzahl anzusetzen sei. Die Antwort darauf wird um so schwerer, und ein Irrthum um so gefährlicher, je größer die Anzahl dieser Aktien und je länger die Verzugszeit und je länger die Zeit angenommen wird, in-

nerhalb welcher dieselben hätten verkauft werden können. In demselben Maße nämlich nimmt die Dunkelheit überhand, und verliert man sichere Anhaltspunkte, mit deren Hülfe das richterliche Ermessen den zweifelhaften Schaden ermessen muß.

Das bezirksgerichtliche Urtheil hält sich in dieser Noth an die Durchschnittsverhältnisse, welche sich aus den Kursnotirungen der Plätze Zürich und Genf während der 8 Monate August 1856 bis März 1857 ergeben; und in der That es gibt, wenn man den Kurspreis der Nordostbahnaktien ermessen will, keinen andern Anhalt, indem eben die beiden genannten Plätze in Wahrheit die einzigen waren, wo jene Aktien wirklich kursirten und daher einen Kurspreis hatten.

Aber gerade deswegen ist auch dieser Anhalt höchst unsicher; denn es ist einleuchtend und Jedermann bekannt, daß diese Plätze viel zu klein sind, um einen lebhaften Kurs jener Werthpapiere möglich zu machen. Ein Ausgebot von einigen tausend Aktien würde jeden dieser Märkte nach dem Rothschild'schen Ausdruck „erdrücken", ein Ausgebot von mehreren hundert Aktien könnte denselben schon ins Schwanken bringen und ein erhebliches Sinken der Preise verursachen.

Wenn das richterliche Ermessen auf diese beiden Plätze sich beschränken muß — und von einem andern großen Börsenplatz, der in kurzer Zeit ohne Gefahr für die Preise tausende von solchen Werthpapieren hätte umsetzen können und wollen, wissen wir nichts — so muß es gleichzeitig jene Natur der genannten Plätze berücksichtigen und mit in Rechnung bringen, daß alle Verkäufe starker Partien jenen Durchschnittspreis sehr erheblich erniedrigt hätten. Den Durchschnittspreis unter solchen Verhältnissen einfach als sichern Anhalt für die Vermuthung anzunehmen, daß den Klägern zu diesem Preise ungefähr der Verkauf großer Aktienpartien gelungen wäre, ist eine offenbare Unbilligkeit gegen die Beklagten. Eine derartige Wahrscheinlichkeit besteht nicht; im Gegentheil die Unwahrscheinlichkeit derselben ist evident.

Herr Kaufmann hat versucht, dieser Erwägung einen Ausdruck in Zahlen zu geben, die freilich auch ganz willkürlich sind, aber jedenfalls noch wahrscheinlicher den Preis bestimmen, als die sicher unrichtige Annahme eines durch solche Verkäufe nicht influirten Durchschnittspreises. Wenn er unter der Voraussetzung, daß die 13,090 Stück binnen 8 Monaten vornehmlich doch in der Schweiz hätten unterge-

bracht werden müssen, den Durchschnittspreis jener Kursnotirungen von Frkn. 502. 61 auf Frkn. 480 ermäßigt, so überschreitet dieser Anschlag schwerlich zu Ungunsten der Kläger die Gränze des wahrscheinlichen Verkaufspreises.

8) Bequemer freilich für die Rechnung wäre die Annahme, welche das Gutachten des Augsburgerhandelsgremiums zu begründen versucht, daß zum Nachtheil der im Verzug befindlichen Beklagten von Rechtswegen der höchste Kurspreis der Berechnung zu Grunde gelegt werden sollte, welcher innerhalb der Verzugszeit bezahlt wurde.

Dieses Gutachten, welches freilich ohne Kenntniß der Akten auf eine kurze und zur Beurtheilung dieses Prozesses ungenügende species facti des klägerischen Anwaltes hin abgegeben wurde, erfordert noch einige kritische Bemerkungen:

a) Ganz charakteristisch für dasselbe ist das Schlußcitat desselben aus der züricherischen Gesetzgebung. Nach demselben nämlich würden weniger die §§ 997 und 998 als § 1401 des Gesetzbuches maßgebend sein. Der letztere § spricht von den Folgen eines nicht eingehaltenen Lieferungstermins bei Waarenkäufen auf Lieferung, während die beiden früher genannten Artikel ganz allgemein die Folgen absichtlicher Nichterfüllung eines Vertrages und zwar in Uebereinstimmung mit den allgemein geltenden Rechtsgrundsätzen normiren. Die ganze Begutachtung spricht nun von unserem Fall, wie wenn es sich um Nichtlieferung einer von den Beklagten an die Kläger definitiv verkauften Waare handelte; während in Wahrheit kein derartiges Geschäft, sondern lediglich eine mit Gesellschaft verbundene Verkaufs-Kommission, oder wenn man lieber will, eine mit Verkaufsauftrag verbundene Gesellschaft vorliegt. Der Unterschied dieser Verträge ist aber einleuchtend. In dem Kaufvertrage stehen sich die Interessen der Kontrahenten von Anfang an und bei der Erfüllung gegenüber, und jeder hat dabei einseitig sein eigenes Recht zu verfolgen; bei dem Kauf mit Lieferungstermin insbesondere hat auf der einen Seite der Käufer ein vertragsmäßiges Recht auf wirkliche Lieferung an dem bestimmten Termine, den er bei seinen Wiederverkäufen als eingehalten voraus-

setzt, und der erste Verkäufer ist sicher, einen Abnehmer seiner Waare zu haben, wenn er nur den Termin einhält. Bei Kommissions- und Gesellschaftsgeschäften aber, wie hier, ist das Alles ganz anders. Da hat der Kommissionär und der geschäftsführende Gesellschafter zunächst die Interessen des Kommittenten und die nun mit dem nichtgeschäftsführenden Gesellschafter gemeinsamen Interessen zu besorgen, da fehlt es an einem bestimmten Lieferungstermin, mit dem die Vertragsdauer nicht zu verwechseln ist, und da ist der Kommittent oder der Gesellschafter gar nicht sicher, daß seine Waare von dem Kommissionär oder Geschäftsführer der Gesellschaft auch wirklich verkauft werde.

Es ist also klar, wie auch die züricherischen Gerichte bereits erklärt haben, daß nicht der § 1141, sondern die §§ 997 ff., mit welchen der § 1184 des Code civil, auf den sich das Augsburger Gutachten ebenfalls bezieht, ganz übereinstimmt, zur Anwendung kommen.

b) Wie bedenklich und der wahren, wenn auch hochgefaßten Preisbestimmung keineswegs entsprechend, die Fiktion ihrer Verkäuflichkeit zu höchstem Kurspreis bei Werthpapieren sei, darüber ertheilt das sonderbarer Weise von dem Augsburger Handelsgremium für seine Ansicht zitirte Urtheil des Oberappellationsgerichts zu Lübeck bei Seuffert, Archiv II, Nr. 52 Aufschluß, indem hier gerade das Gegentheil seiner Theorie behauptet wird. Ich setze die Stelle wörtlich her:

„Bei Gegenständen, welche in ihrem Werthe oft und bedeutend wechseln, wie z. B. Staatspapieren, wird im Falle des Verzugs in der Lieferung von dem nicht säumigen Theile häufig der höchste Werth in Anspruch genommen, welchen der fragliche Gegenstand während des Verzugs erreicht hat. Allein die nackte Möglichkeit, daß der Käufer die Sache, wenn sie geliefert worden wäre, zur Zeit ihres höchsten Marktpreises weiter verkauft haben könnte, darf nach

Fr. 21 § 3 de act. emt. vend. (19,1) nicht als ein Beweis wirklich entgangenen Gewinns angesehen werden. Das einzige Zeugniß, welches die Substitution der höchsten aestimatio an

die Stelle des Beweises eines lucrum cessans zuläßt, ist fr. 8 § 1 de condict. furtiva (13,1), und diese Stelle ist mit Recht als ein jus singulare für den Fall des Diebstahls betrachtet worden. Denn sie spricht nicht nur ausschließend von der condict. furtiva, sondern sie fügt auch einen Grund hinzu, welcher auf keine andere Klage, am wenigsten auf eine Kontraktsklage paßt: semper enim fur moram facere videtur, d. h. für den Dieb tritt in jedem Augenblicke eine neue mora, mithin auch eine neue aestimatio ein."

Und doch wird hier ein wirklicher Verkauf auf den Börsen gangbarer Aktien vorausgesetzt und nicht ein Kommissionsvertrag, noch eine Gesellschaft.

c) Wenn die Interessenberechnung in Kaufverträgen auf die Kursdifferenz basirt wird, so wird immer überdem die Verkäuflichkeit der Waare zu den gewohnten Kursen als selbstverständlich vorausgesetzt. Das ist auch bei Werthpapieren, welche einen allgemeinen Börsenkurs haben, der Fall. In unserm Falle aber, wo diese erweiterte Kursfähigkeit der Nordostbahnaktien erst gesucht, nicht erreicht worden ist, fehlt es auch an dieser Voraussetzung.

d) Die höchste Kursnotirung bezieht sich endlich nur auf einen vereinzelten Verkauf vielleicht einer einzigen oder einiger wenigen Aktien, ist aber in keiner Weise anwendbar auf große Aktienmassen.

9) Die Akten enthalten selbst einen Beleg, gegen dessen Erheblichkeit die Kläger nichts einwenden können, daß bei den genannten Werthpapieren, sogar wenn sie in Partien von nur einigen hundert Stück verkauft werden, die Kurse von Zürich und Genf nicht maßgebend sein können, indem dieser Kurs im Monat Juli 1856 bedeutend höher war, als der Preis, zu welchem die 500 Stück von den Klägern in diesem Monat realisirt worden sind. Ich sage, die Kläger können gegen diesen Beleg nichts einwenden, weil ihnen folgende Alternative entgegensteht: Entweder sie haben bei ihren Verkäufen zu niederem Kurs ihre Pflicht als Kommissionäre der Beklagten und als geschäftsführende Gesellschafter redlich erfüllt und die günstigsten Preise erhalten, die ihnen zu erhalten möglich waren. Dann ist die Trüglich-

keit jenes vermeintlichen Maßstabes der schweizerischen Kursnotirungen klar. Oder sie hätten bessere Preise nach diesem Maßstabe erhalten können, und zu schlechterem verkauft. Dann haben sie ihre Vertragspflicht in einer bedenklichen Weise verletzt. Die Annahme, daß sie möglicher Weise die 500 Aktien wohlfeiler als nöthig verkauft haben, um später die 13,590 Aktien um so theurer verkaufen zu können, halte ich für eine ebenso leere Ausrede, wie die eines Generals, der sich in den ersten Gefechten hat schlagen lassen und dann versichert, er habe das nur gethan, um in späteren größeren Schlachten desto gewisser zu siegen.

Viel sicherer als die Kursnotirungen von Zürich und Genf, in denen nicht einmal die Stückzahl der verkauften Aktien angegeben ist, ohne die sich eine richtige Durchschnittsberechnung gar nicht machen läßt (vgl. das Gutachten des Hrn. Kaufmann), ist daher ohne Zweifel der Anhalt, welchen die von den Klägern im Juli wirklich vollzogenen Kommissions-Verkäufe gewähren, deren Durchschnitt genau zu berechnen ist.

10) Aus allem Gesagten ziehe ich folgende Schlüsse für das richterliche Ermessen:

a) Wird angenommen, daß die Kläger bis Mitte September, d. h. so lange die Beklagten sich in wirklichem Verzuge befanden, noch die verlangten 1000 Stück hätten verkaufen können, und ferner, daß sie dieselben zu den gleichen Preisen hätten anbringen können, wie im Monat Juli die wirklich verkauften 500 Stücke, so haben sie als Schadensersatz weiter zu fordern:

α. Kommissionsgebühr zu 1½ % . .	Fr.	7494. 30
β. Gewinnantheil am Ueberschuß . .	„	8564. 25
	Fr.	16,058. 55

b) Eventuell, wenn nach III, 6 b. die Beklagten für einen weitern als wahrscheinlich anzunehmenden Verkauf statt von 1000 Stück vielmehr von 4000 Stück oder von 6500 Stück einstehen müßten, so würde sich diese Entschädigungsforderung

auf . . .	Fr.	64,234. 20
oder auf . .	„	104,380. 57½

erhöhen.

IV. Die Zinsfrage.

Ohne Schwierigkeit ist die Zinsfrage zu erledigen. Soweit eine Entschädigungsforderung der Kläger begründet ist, beruht dieselbe auf Verzug in der Leistung der Beklagten, und daher sind Verzugszinse dafür gerechtfertigt.

Privatrechtl. Gesetzb. § 957 ff.

Das einzige Bedenken macht die Zeit, von wann an diese Verzugszinse zu rechnen sind. Hier kehrt die alte Ungewißheit wieder und steigert sich, je mehr man sich auf die unsichere See der Vermuthungen und Fiktionen hinauswagt. Für die erste Post-Entschädigung, betreffend die nicht gelieferten 500 Stück Aktien, ist der Anfangstermin sicher mit Anfang August 1856 anzunehmen und für die zweite Post von 1000 Stück Aktien ebenso wahrscheinlich mit Mitte September 1856. Sollte die Entschädigungsforderung für noch größere Posten von 4000 Stück oder von 6500 Stück gutgeheißen werden, so bliebe wieder nichts anderes übrig, als eine Durchschnittsberechnung, indem man fingirte, diese Aktienmasse wäre frühestens im Monat September (nicht Anfangs August, denn die erste Nachlieferung von 1000 Stück wurde zuerst am 22. August und für zukünftige mögliche Verkäufe verlangt) bis Ende März 1857 in monatlich gleichen Raten allmälig verkauft worden. Auf jeden dieser 7 Monate wäre sodann 1/7 der Entschädigung für diesen Gesammtrest als Kapital anzusetzen, und von diesem Ansatz und von dieser Zeit an der Verzugszins zu berechnen. Ist das Prinzip anerkannt, so ist alles Uebrige arithmetisch leicht zu berechnen.

Daß diese Verzugszinse bis zur wirklichen Zahlung und nicht blos bis zum März 1857 zu leisten sind, versteht sich von selbst.

Ihre Größe wird durch § 962 des Gesetzes auf 6% jährlich bestimmt.

München im September 1859.

Dr. Bluntschli.